



Cour II
B-2454/2011

Arrêt du 3 juillet 2012

Composition

Claude Morvant (président du collège),
Ronald Flury et Bernard Maitre, juges,
Grégory Sauder, greffier.

Parties

A. _____,
représentée par Maître Boris Heinzer, avocat,
recourante,

contre

Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO),
Marché du travail et assurance-chômage,
Effingerstrasse 31, 3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Restitution de prestations LACI.

Faits :**A.**

A.a En août 2009, A. _____ (ci-après : la requérante) a adressé au Service de l'emploi du canton de B. _____ (ci-après : le service de l'emploi) deux préavis de réduction de l'horaire de travail concernant, d'une part, le secteur "production" et, d'autre part, le secteur "administration" pour des employés touchés par une réduction de l'horaire de travail, pour une durée probable du 15 août 2009 au 15 février 2010. Par deux décisions du 28 août 2009, le service de l'emploi a fait savoir à la requérante que, pour autant que les autres conditions de droit fussent remplies, la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la caisse) pouvait lui octroyer l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (ci-après : l'indemnité RHT) du 15 août 2009 au 14 février 2010 pour chacun des secteurs concernés. Suite à ces décisions, la requérante a fait parvenir à la caisse des demandes d'indemnités RHT au terme de chaque période de décompte. Pour les mois d'août et septembre 2009, ces demandes ont concerné trois collaborateurs du secteur "exploitation" (C. _____, D. _____ et E. _____) et quatre collaborateurs du secteur administration (F. _____, G. _____, H. _____ et I. _____). Dès le mois d'octobre 2009 et jusqu'au mois de février 2010, des indemnités RHT ont également été demandées pour les mêmes collaborateurs ainsi que pour J. _____, autre collaborateur du secteur "administration". Conformément à ce que prévoit le formulaire "demande d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail", la requérante a chaque fois joint à sa demande le décompte concernant la réduction de l'horaire de travail (form. 716.303) et le rapport concernant les heures perdues pour des raisons d'ordre économique (form. 716.307), auxquels elle a ajouté la confirmation de l'approbation de la réduction de l'horaire de travail par les collaborateurs concernés et une liste des salaires.

Le 18 mars 2010, la requérante a sollicité du service de l'emploi une extension RHT pour une nouvelle période de six mois, soit du 1^{er} mars au 31 août 2010, pour les deux secteurs concernés. Celui-ci y a fait droit partiellement, par deux décisions du 25 mars 2010, pour la période du 29 mars 2010 au 31 août 2010, dans les mêmes termes que ses décisions initiales du 28 août 2009. Suite à ces décisions, la requérante a demandé pour chaque période de décompte des indemnités RHT en faveur des trois collaborateurs susnommés du secteur "exploitation" et pour trois collaborateurs du service "administration" (G. _____, H. _____ et I. _____).

A.b Le 15 décembre 2010, le Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : le SECO ou l'autorité inférieure) a effectué un contrôle de l'entreprise, afin de s'assurer que c'était à bon droit que les indemnités RHT avaient été perçues entre août 2009 et août 2010. Suite à ce contrôle, il a astreint la recourante, par décision sur révision du 12 janvier 2011, à rembourser à la caisse un montant de Fr. 311'167.45 au titre de prestations versées indûment. Il a constaté que des prestations avaient été demandées, alors que l'entreprise ne disposait d'aucun système de contrôle du temps de travail, ce que les représentants de la recourante avaient, du reste, confirmé lors du contrôle. Il a en outre relevé le caractère particulier de l'activité exercée dans le cadre de la gestion de projet par quelques employés annoncés en RHT. Sur le vu des documents recueillis lors du contrôle, le SECO a constaté, en substance, que des indemnités RHT avaient été, à diverses reprises, réclamées à tort pour quatre collaborateurs ayant en réalité travaillé, pour quatre collaborateurs qui se trouvaient en incapacité totale de travail pour cause de maladie, pour cinq collaborateurs absents ou en congé et pour certains collaborateurs ayant travaillé pendant plusieurs jours à l'étranger. Par ailleurs, il a retenu que le "rapport concernant les heures perdues pour des raisons d'ordre économique" ne pouvait remplacer un contrôle authentique du temps de travail et qu'en l'absence d'un tel système ou d'autres documents idoines, une vérification de la justification des heures chômées était impossible. Enfin, il a souligné pouvoir conclure, sur la base des documents fournis par la recourante, que des indemnités RHT avaient injustement été perçues dans une ampleur non quantifiable.

A.c Le 21 février 2011, la recourante a formé opposition contre cette décision. Elle a invoqué, pour l'essentiel, sa bonne foi, en soutenant que la lecture de la brochure intitulée "l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail" l'avait confortée dans l'idée que les documents qu'elle remettait mensuellement à la caisse remplissaient les exigences du contrôle requis, que la caisse n'avait d'ailleurs jamais signalé que ces documents étaient insuffisants et qu'il n'était, du reste, nulle part précisé qu'un système de contrôle devait être mis en place de manière à permettre, ultérieurement, un contrôle par un réviseur. Enfin, la recourante s'est attachée à fournir des explications concernant les diverses indemnités que le SECO estimait avoir été réclamées à tort, compte tenu des documents recueillis. Dans ce cadre, la recourante a admis un certain nombre d'erreurs administratives de sa part et a relevé que de nombreuses activités avaient consisté en de la prospection de nouveaux mandats ou de nouvelles collaborations, soit en des activités qui n'étaient pas facturables.

A.d Par décision du 28 mars 2011, le SECO a rejeté l'opposition. Il a retenu comme établi que l'entreprise ne possédait pas de système d'enregistrement permettant de comptabiliser les heures travaillées, y compris les heures supplémentaires, et, notamment, les autres absences liées à la maladie, l'accident, le service militaire et les vacances, de sorte qu'il était impossible de les vérifier. Il a en outre constaté que les diverses décisions du service de l'emploi rappelaient expressément, sous la rubrique "remarques importantes", les obligations incombant à cet égard à l'employeur et que le document intitulé "demande d'indemnité en cas de RHT" mentionnait, de même, que les travailleurs dont l'horaire de travail n'était pas suffisamment contrôlable n'avaient pas droit à l'indemnité. Fort de ces constatations, il a considéré que les griefs du recourant tirés d'une insuffisance d'information sur ce point étaient dénués de fondement. Par ailleurs, il a relevé que la vérification du système de contrôle du temps de travail n'incombait ni au service de l'emploi ni à la caisse, mais à l'inspecteur du SECO, et a considéré que les documents réclamés par la caisse pour procéder au versement des indemnités RHT étaient conformes et suffisants et qu'il n'appartenait pas à cette dernière de vérifier qu'un système de contrôle du temps de travail ait été mis en place. S'agissant des irrégularités constatées dans la décision sur révision, le SECO a admis que des explications valables avaient été données dans 10% des cas. Il a cependant retenu que les erreurs administratives commises ainsi que les nombreuses prestations non facturables liées à de la formation suivie par des collaborateurs, à la présence de collaborateurs à un dîner ou une réunion d'affaire ou encore à la recherche de clients - annoncées en RHT, alors qu'elles s'apparentaient en réalité à du travail - démontraient à l'évidence qu'une activité d'une ampleur indéfinissable avait eu lieu et que l'absence d'un véritable système d'enregistrement du temps de travail rendait les vérifications et les contrôles irréalisables. Au vu de cela, il a exposé qu'il se justifiait d'exiger le remboursement des indemnités perçues pendant la période concernée au titre de la RHT.

B.

Le 28 avril 2011, A. _____ a interjeté recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral, concluant principalement à ce que la décision attaquée soit réformée - en ce sens que l'opposition soit admise et qu'elle ne soit pas astreinte à restituer la somme de Fr. 311'167.45 à la caisse - et, subsidiairement, à l'annulation de la décision attaquée. A l'appui de ses conclusions, la recourante soutient que l'autorité inférieure n'avait pas la compétence de rendre la décision attaquée et la décision sur révision. A ce propos, elle fait valoir, en substance, que seul l'organe de compensation est habilité à effectuer des contrôles auprès des entre-

prises et que, si le SECO administre certes l'organe de compensation, il n'est pas pour autant ledit organe. Elle ajoute que, si l'organe de compensation est habilité à effectuer des contrôles, ceux-ci ne peuvent s'étendre à la question de savoir si l'entreprise dispose d'un système de contrôle des heures travaillées, cette compétence ressortant uniquement à la caisse. Elle allègue encore que seule la caisse, et non le SECO, est habilitée à demander la restitution des prestations en cause. Par ailleurs, la recourante invoque une violation du droit d'être entendu, au motif que, à aucun moment, le SECO n'a mentionné l'existence des conditions auxquelles une révision ou une reconsidération de décisions entrées en force est subordonnée ou n'a motivé la réalisation de ces conditions. Sur le fond, la recourante soutient qu'il n'est pas établi que ces conditions soient réalisées et allègue que les documents qu'elle a régulièrement remis à la caisse sont propres à permettre un contrôle des heures travaillées.

C.

Invité à se prononcer sur le recours, l'autorité inférieure en a proposé le rejet au terme de sa réponse du 6 juillet 2011. Elle allègue que seul le secteur inspection du SECO est compétent pour effectuer le contrôle du temps de travail, qu'elle a en l'occurrence agi en tant qu'organe de compensation et qu'elle est bien l'organe décisionnel en la matière. Sur le fond, elle soutient que les conditions d'une révision sont manifestement remplies et renvoie, pour le reste, à ses décisions antérieures.

La recourante s'est encore exprimée par réplique du 16 août 2011 et l'autorité inférieure par duplique du 30 août 2011.

Les autres faits et arguments de la cause seront examinés, pour autant que besoin, dans les considérants en droit.

Droit :

1.

Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour statuer sur le présent recours (cf. art. 31, 32 et 33 let. d de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral [LTAF, RS 173.32] ; art. 101 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage [LACI, RS 837.0] ; art. 5 al. 2 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative [PA, RS 172.021]). La qualité pour recourir doit être reconnue à la recourante (cf. art. 48 al. 1 let. a à c PA ; art. 59 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales [LPGA,

RS 830.1]). Les autres conditions de recevabilité sont respectées (cf. art. 11, 50 al. 1, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA ; art. 60 al. 1 LPGA).

Partant, le recours est recevable.

2.

2.1 La LACI vise à garantir aux personnes assurées une compensation convenable du manque à gagner causé par le chômage, la réduction de l'horaire de travail, les intempéries et l'insolvabilité de l'employeur (art. 1a al. 1 LACI).

Les travailleurs dont la durée normale du travail est réduite ou l'activité suspendue ont droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail lorsqu'ils sont tenus de cotiser à l'assurance ou qu'ils n'ont pas encore atteint l'âge minimum de l'assujettissement aux cotisations AVS (let. a), que la perte de travail doit être prise en considération (let. b), que le congé n'a pas été donné (let. c) et que la réduction de l'horaire de travail est vraisemblablement temporaire, et si l'on peut admettre qu'elle permettra de maintenir les emplois en question (let. d) (art. 31 al. 1 LACI). La perte de travail est prise en considération lorsqu'elle est due à des facteurs d'ordre économique et est inévitable (let. a) et qu'elle est d'au moins 10% de l'ensemble des heures normalement effectuées par les travailleurs de l'entreprise (let. b) (art. 32 al. 1 LACI).

2.2 Est réputée durée normale du travail, la durée contractuelle du travail accompli par le travailleur, mais au plus la durée selon l'usage local dans la branche économique en question ; pour les travailleurs dont le temps de travail est variable, l'horaire annuel moyen convenu contractuellement est considéré comme horaire normal de travail (art. 46 al. 1 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage du 31 août 1983 [OACI, RS 837.02]). La durée de travail n'est réputée réduite que si elle n'atteint pas la durée normale du travail, une fois additionnées les heures de travail en plus. Comptent comme heures de travail en plus les heures payées ou non encore payées qui excèdent le nombre d'heures à effectuer selon l'horaire de travail contractuel. Ne comptent pas comme heures de travail en plus les heures effectuées dans le cadre du régime d'horaire mobile de l'entreprise, pour autant qu'elles ne dépassent pas 20 heures, ni les heures de compensation ou de rattrapage imposées par l'entreprise pour compenser des ponts entre les jours fériés (art. 46 al. 2 OACI).

2.3 L'art. 31 al. 3 let. a LACI prévoit que n'ont pas droit à l'indemnité, les travailleurs dont la réduction de l'horaire de travail ne peut être déterminée ou dont l'horaire de travail n'est pas suffisamment contrôlable. L'art. 46b OACI précise, quant à lui, que la perte de travail n'est suffisamment contrôlable que si le temps de travail est contrôlé par l'entreprise (al. 1) et impose à l'employeur de conserver les documents relatifs au contrôle du temps de travail pendant cinq ans (al. 2). L'organe de compensation révisé les paiements des caisses ou confie cette tâche, en tout ou partie, aux cantons ou à un autre organe (art. 83 al. 1 let. d LACI). Lorsqu'il constate que les prescriptions légales ne sont pas appliquées ou ne le sont pas correctement, il donne à la caisse ou à l'autorité compétente les instructions nécessaires (art. 83a al. 1 LACI). En matière de contrôles auprès des employeurs, l'organe de compensation prend les dispositions nécessaires par voie de décision ; la caisse est chargée de l'encaissement (art. 83a al. 3 LACI). L'organe de compensation et les bureaux fiduciaires qu'il a mandatés contrôlent périodiquement par sondages auprès des employeurs les indemnités versées en cas de réduction de l'horaire de travail ou en cas d'intempéries (art. 110 al. 4 OACI). Il communique à l'employeur, par voie de décision, le résultat du contrôle effectué auprès de ce dernier ; la caisse se charge de l'encaissement des éventuels montants à rembourser en se fondant sur la décision de l'organe de compensation (art. 111 al. 2 OACI en lien avec l'art. 95 al. 2 LACI).

Sous réserve d'exceptions - lesquelles sont sans pertinence dans la présente procédure - la demande de restitution est régie par l'art. 25 LPGA (cf. art. 95 al. 1 LACI). L'assureur peut revenir sur les décisions ou les décisions sur opposition formellement passées en force lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable (art. 53 al. 2 LPGA ; arrêt du Tribunal administratif fédéral [TAF] B-7898/2007 du 13 mai 2008).

3.

3.1 En l'occurrence, la recourante soutient que l'autorité inférieure n'avait pas la compétence de rendre la décision attaquée et invoque trois motifs à cet égard.

3.2 Ainsi, elle fait d'abord valoir que l'art. 83a LACI, sur lequel se fonde la décision attaquée, attribue clairement la compétence de rendre une décision à l'organe de compensation et non au SECO. Elle expose que le fait que, selon l'art. 83a al. 3 LACI, le SECO administre l'organe de compen-

sation confirme que l'organe de compensation constitue une entité, respectivement une autorité, distincte du SECO et que cette dualité est encore étayée par l'art. 101 LACI, qui prévoit que les décisions et décisions sur recours du SECO ainsi que les décisions de l'organe de compensation peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral.

L'organe de compensation est un organe d'exécution de la LACI, dont les tâches sont énumérées à l'art. 83 LACI. A teneur du troisième alinéa de cette disposition, il est administré par le SECO (anciennement Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail [OFIAMT]).

La fonction administrative a une double nature, juridique ou matérielle. Elle est juridique lorsqu'elle a pour objet de créer, de constater, de modifier ou d'éteindre des rapports de droit. En tant qu'elle a un caractère juridique, elle règle d'ordinaire des situations individuelles et concrètes par des actes administratifs, dont la plupart sont des décisions (cf. notamment ANDRÉ GRISEL, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984, vol. 1, p. 67 s.). Ainsi, en tant qu'il est chargé d'administrer l'organe de compensation, le SECO est compétent pour exercer les compétences, notamment décisionnelles, attribuées à l'organe de compensation par les art. 83 et 83a LACI. Sous l'angle de l'interprétation littérale, la formulation plus claire des textes allemand et italien de la loi, à teneur desquels "Das SECO führt die Ausgleichsstelle", respectivement "La Seco dirige l'ufficio di compensazione", amènent à la même conclusion.

Sous l'angle de l'interprétation historique, il convient de relever que, dans son message du 2 juillet 1980 relatif à une nouvelle loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (FF 1980 III 485, 633), le Conseil fédéral précisait que l'art. 82 de son projet (devenu l'actuel art. 83 LACI) énumérait et complétait les tâches de l'organe de compensation qui étaient déjà les siennes dans le régime transitoire. La nouvelle loi a ainsi repris, en les complétant, les tâches qui incombaient à l'organe de compensation au sens de l'art. 21 du régime transitoire, soit de l'arrêté fédéral instituant l'assurance-chômage obligatoire [régime transitoire] (RO 1976 642). Le deuxième alinéa de la disposition en question prévoyait que l'OFIAMT, soit l'actuel SECO, fonctionnait comme organe de compensation de l'assurance-chômage. Dans son message du 11 août 1976 relatif au régime transitoire (FF 1976 II 1553), le Conseil fédéral relevait à cet égard que, dans le nouveau système d'organisation de l'assurance-chômage, l'organe de compensation était l'instance supérieure en matière de comptabilité, de gestion et de révision. Une de ses tâ-

ches principales consistait à veiller à ce que les caisses reçoivent les liquidités dont elles ont besoin pour verser les indemnités de chômage. Il exerçait en outre la surveillance directe des activités des caisses de chômage, y compris leur contrôle financier. Une autre de ses tâches importantes résidait dans la lutte contre les abus. S'agissant plus particulièrement de l'art. 21 al. 2 du régime transitoire, le Conseil fédéral relevait que, sous le régime actuel, soit l'ancienne loi fédérale sur l'assurance-chômage du 22 juin 1951 (ROLF 1951 84), l'OFIAMT était déjà chargé de ces tâches de surveillance et de contrôle, raison pour laquelle il remplirait la fonction d'organisme de compensation dans le régime transitoire. Il ajoutait que, lors de la préparation du régime définitif, soit l'actuelle LACI, il faudrait examiner s'il était nécessaire d'instituer un organisme indépendant. Comme relevé plus haut, l'art. 83 LACI a repris le système qui prévalait auparavant et cette disposition a été adoptée par le Parlement sans qu'il fût remis en question que l'OFIAMT remplirait, sous l'empire de la LACI également, la fonction d'organe de compensation de l'assurance-chômage (BO CN 1981 p. 843 ; BO CE 1982 p. 145). Du reste, dans son message du 29 novembre 1993 à l'appui de la deuxième révision partielle de la LACI (FF 1994 I 340), le Conseil fédéral, qui proposait notamment de compléter l'art. 83 al. 1 LACI en attribuant à l'organe de compensation la compétence de gérer le centre informatique des caisses (let. o), motivait cette modification en relevant expressément que, pour assurer une infrastructure transparente, le centre informatique mis sur pied par les caisses devait être subordonné à "l'organe de compensation (Office fédéral de l'industrie des arts et métiers et du travail)". Au cours des débats parlementaires, la présidente de la commission du Conseil des Etats a, pour sa part, souligné dans ce contexte que ce nouveau centre devait être rattaché à "l'OFIAMT" (BO CE 1994 p. 319). Il est ainsi établi que, pour le législateur, le SECO est chargé d'exercer les compétences attribuées par la loi à l'organe de compensation et que, dans l'exercice de cette fonction, il est légitimé à rendre, en son nom, des décisions telle que la décision attaquée dans la présente procédure. Ainsi, l'interprétation historique vient confirmer le résultat de l'interprétation littérale de l'art. 83 al. 3 LACI.

Il est vrai, comme le relève la recourante, que l'art. 101 LACI, relatif aux autorités particulières de recours, opère une distinction entre les décisions et les décisions sur recours du SECO ainsi que les décisions de l'organe de compensation. Au regard de ce qui a été exposé ci-dessus, cette disposition ne peut toutefois être comprise que dans le sens où le SECO peut être amené à rendre des décisions, d'une part, en tant qu'il agit en qualité d'autorité de surveillance de l'exécution de la loi au sens

de l'art. 110 LACI et, d'autre part, en tant qu'il exerce les compétences que la loi attribue à l'organe de compensation. Ainsi, on ne peut déduire de l'art. 101 LACI que le SECO n'avait pas la compétence de rendre, en son nom, la décision attaquée.

Au vu de ce qui précède, le premier motif apparaît ainsi mal fondé.

3.3 La recourante fait ensuite valoir que le SECO n'était matériellement pas compétent pour rendre la décision attaquée, en se fondant sur l'art. 39 al. 1 LACI, à teneur duquel la caisse examine si les conditions personnelles fixées aux art. 31 al. 3 et 2 al. 1 LACI sont remplies. La recourante en déduit que si l'art. 83a LACI prévoit, de manière générale, que, en matière de contrôle auprès des employeurs, l'organe de compensation prend les dispositions nécessaires par voie de décision, seule la caisse est compétente pour statuer sur un éventuel refus des indemnités RHT, au motif que la réduction de l'horaire de travail ne peut être déterminée ou que l'horaire de travail n'est pas suffisamment contrôlable.

Il est vrai que, selon l'art. 39 al. 1 LACI, il incombe à la caisse d'examiner la réalisation des conditions énumérées à l'art. 31 al. 3 LACI. On ne saurait cependant déduire de cette disposition qu'elle confère à la caisse la compétence exclusive de le faire et que l'organe de compensation n'aurait alors, comme le soutient la recourante, que la compétence de vérifier les autres conditions de l'indemnisation. En effet, à teneur de l'art. 109 OACI, le contrôle de la gestion des organes d'exécution de l'assurance-chômage porte notamment sur le contrôle des paiements et les contrôles auprès des employeurs (let. d) et, en particulier, sur la question de savoir si les indemnités versées en cas de réduction de l'horaire de travail l'ont été à bon droit (cf. art. 110 al. 4 OACI). La réalisation des conditions personnelles énumérées à l'art. 31 al. 3 LACI, et notamment le caractère contrôlable du temps de travail (cf. art. 46b al. 1 OACI), étant une condition du droit à l'indemnité RHT, il va de soi que le contrôle doit porter sur la réalisation, ou non, de ces conditions. A suivre la recourante, il appartiendrait à la caisse de vérifier, dans chaque cas, la réalisation des conditions personnelles avant de verser l'indemnité RHT. Or, dans une telle hypothèse, l'obligation faite à l'employeur de conserver les documents relatifs au contrôle du temps de travail pendant 5 ans serait vide de sens. De plus, appelé à se prononcer sur l'exécution de l'art. 31 al. 3 let. a LACI, le Tribunal fédéral a relevé, dans un arrêt du 12 mai 2000 (arrêt du Tribunal fédéral [TF] C 367/99 du 12 mai 2000 consid. 1c), que l'administration n'était pas obligée de procéder pour chaque entreprise concernée à des contrôles réguliers et systématiques. Il ajoutait, de manière généra-

le, que de tels contrôles pouvaient s'avérer compliqués, voire disproportionnés, et pourraient aussi retarder le versement des indemnités au détriment des intérêts des travailleurs et des employeurs intéressés. Cela explique que l'on ait renoncé, dans la loi, à donner à l'autorité cantonale compétente le pouvoir de mener des enquêtes dans l'entreprise déjà au moment du dépôt du préavis de réduction de l'horaire de travail et de l'examen des conditions dont dépend le droit à l'indemnité (cf. art. 36 LA-CI). En revanche, il peut se révéler utile, comme l'a souligné le Conseil fédéral dans son message de 1980, de réexaminer certaines situations ultérieurement - c'est-à-dire une fois versées les indemnités - afin de s'assurer qu'il y a bien eu perte de travail à l'époque indiquée par l'employeur (cf. ATF 124 V 384 consid. 2c ; message précité du Conseil fédéral du 2 juillet 1980, in : FF 1980 III 529 et 601). Pour ce faire, comme le considérait, du reste, le Tribunal fédéral, il est tout à fait admissible que l'administration ne procède qu'à des contrôles ponctuels ou par sondages, que ce soit en cours de période d'indemnisation ou après coup seulement. Dans un arrêt récent portant sur la question du remboursement des indemnités en cas d'intempéries (cf. arrêt du TF 8C_469/2011 du 29 décembre 2011), le Tribunal fédéral a confirmé cette jurisprudence, en relevant qu'il appartenait au SECO, par son secteur de l'inspection, de vérifier la légalité du versement des indemnités par la caisse sous l'angle du temps de travail contrôlable (cf. aussi, dans ce sens, le chiffre B35 de la Circulaire du SECO relative à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail [Circulaire RHT] de janvier 2005, selon laquelle les versements d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail sont contrôlés exclusivement par le secteur TCIN du SECO en vertu de l'art. 110 OACI).

Au vu de ce qui précède, ce deuxième motif tiré de l'incompétence matérielle du SECO se révèle, dès lors, également mal fondé.

3.4 La recourante fait enfin valoir que la décision attaquée a pour objet d'exiger le remboursement des indemnités RHT et qu'il s'agit ainsi d'une demande de restitution de prestations au sens de l'art. 95 LACI. Se référant à l'art. 95 al. 2 LACI, selon lequel la caisse exige de l'employeur la restitution de l'indemnité allouée en cas de réduction de l'horaire de travail ou d'intempéries quand cette indemnité a été versée à tort, la recourante allègue que la compétence pour le faire appartenait clairement à la caisse et non au SECO. Elle ajoute que cette règle de compétence ne saurait être battue en brèche par la règle de l'art. 83a al. 3 LACI, qui se borne à prévoir de manière générale que l'organe de compensation peut prendre les dispositions nécessaires par voie de décision, sans préciser

la nature des mesures envisagées, et que, selon une interprétation logique et systématique, la compétence décisionnelle prévue à l'art. 83a al. 3 LACI ne peut viser que des mesures ne faisant pas l'objet d'une règle attributive d'une compétence expresse en faveur d'une autre autorité.

L'art. 83a LACI a été introduit dans la loi, lors de la révision du 22 mars 2002, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003 (RO 2003 1728). Dans son message du 28 février 2001 concernant la révision de la loi sur l'assurance-chômage (FF 2001 2123, 2174), le Conseil fédéral s'est exprimé comme suit :

"L'al. 3 entend simplifier la procédure et la rendre plus transparente. Selon la réglementation actuelle, l'organe de compensation enjoint à la caisse d'exiger le remboursement des montants versés au titre de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail ou en cas d'intempéries lorsqu'ils sont contestés à la suite des contrôles effectués par l'organe de compensation dans les entreprises. La caisse liée par ces instructions jouit certes des droits qu'ont les parties dans une procédure de recours, mais n'a aucune marge de manoeuvre en ce qui concerne l'objet du litige. Le processus n'est pas rationnel, parce que les actes de procédure (échange de correspondance, etc.) sont adressés à la caisse qui, en tant que partie, doit fournir toutes les indications nécessaires. Or les données sont en fait fournies par l'organe de compensation puisque c'est lui qui effectue les contrôles des entreprises et établit les rapports correspondants. La réglementation proposée ne vise donc pas uniquement à simplifier la procédure, mais aussi à accroître la transparence envers les employeurs. Ceux-ci sauront ainsi mieux quel service administratif est habilité à prendre les décisions et quel est leur partenaire dans cette procédure".

Cette disposition a été adoptée par le Parlement dans la teneur proposée par le Conseil fédéral, sans être discutée, et les explications que donnait celui-ci dans son message ont été concrétisées à l'art. 111 al. 2 OACI, à teneur duquel l'organe de compensation communique à l'employeur, par voie de décision, le résultat du contrôle effectué auprès de ce dernier. La caisse se charge de l'encaissement des éventuels montants à rembourser, en se fondant sur la décision de l'organe d'exécution.

Il apparaît ainsi que, par la révision du 22 mars 2002, le législateur a entendu s'écarter du régime posé par l'art. 95 al. 2 LACI, en ce qui concerne la procédure relative aux contrôles auprès des employeurs touchant le versement des indemnités RHT et en cas d'intempéries. Selon l'adage consacré pour résoudre un conflit de normes, la règle de droit la plus récente l'emporte sur la plus ancienne ("lex posterior derogat legi priori"). Il s'ensuit que l'art. 95 al. 2 LACI, dans la mesure où il entrerait en contradiction avec l'art. 83a al. 3 LACI parce qu'il prévoit toujours la compétence de la caisse pour exiger de l'employeur la restitution de

l'indemnité allouée en cas de réduction de l'horaire de travail alors qu'elle n'est plus que chargée de l'encaissement, ne peut que céder le pas à la norme entrée en vigueur postérieurement.

Au vu de ce qui précède, ce troisième motif tiré de l'incompétence matérielle du SECO se révèle, là encore, mal fondé.

4.

4.1 La requérante allègue, par ailleurs, une violation du droit d'être entendu, reprochant au SECO de n'avoir pas indiqué les dispositions topiques de la LPGA applicables en matière de reconsidération ou de révision de décisions et de n'avoir pas motivé les raisons pour lesquelles il estimait que les conditions d'une reconsidération ou d'une révision des versements opérés par la caisse étaient en l'espèce réunies.

4.2 L'obligation de motiver figurant à l'art. 35 PA, à l'instar de celle d'examiner les allégués, constitue un aspect du droit d'être entendu prévu à l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101) (cf. ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7^e éd., Zurich 2008, pt 838). Ce devoir impose à l'autorité de motiver sa décision afin que le destinataire parvienne à la comprendre et à la contester utilement s'il y a lieu et que l'autorité de recours soit en mesure d'exercer son contrôle. Pour répondre à ces exigences, il suffit que l'autorité mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé se rende compte de la portée de celle-ci et l'attaque en connaissance de cause. Il n'y a violation du droit d'être entendu que si l'autorité ne satisfait pas à son devoir minimum d'examiner et traiter les problèmes pertinents (cf. ATF 130 II 530 consid. 4.3, ATF 129 I 232 consid. 3.2, ATF 126 I 97 ; arrêt du TAF B-2318/2006 du 23 juin 2008 consid. 5.2). Cela étant, la motivation doit porter sur tous les points nécessaires, se prononcer sur tous les arguments pertinents soulevés par les parties (cf. PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif, vol. II, Les actes administratifs et leur contrôle, 3^e éd., Berne 2011, p. 350).

4.3 Conformément à ce qui a été exposé au considérant 2.3, les art. 25 et 53 al. 2 LPGA trouvent application lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, de demander la restitution de prestations qui auraient été indûment touchées. Comme le relève à juste titre la requérante, ces deux dispositions n'ont pas été mentionnées dans la décision attaquée et l'autorité inférieure

re n'a pas explicitement motivé les raisons pour lesquelles elle considérait que les conditions mises à la restitution, qui sont posées par l'art. 53 al. 2 LPGA, étaient réunies. Il n'en reste toutefois pas moins que celle-ci a suffisamment motivé, dans la décision attaquée et dans la décision sur révision à laquelle elle renvoie, l'impossibilité dans laquelle elle s'est trouvée de pouvoir établir et vérifier les heures de travail, y compris les heures supplémentaires, et les heures chômées ; cela a rendu la perte de travail réelle incontrôlable, de sorte que la condition posée par l'art. 31 al. 3 LA-CI, expressément citée, n'était pas réalisée et qu'il se justifiait, selon elle, d'exiger le remboursement des indemnités RHT versées par la caisse. Par ailleurs, le SECO s'est prononcé sur tous les arguments soulevés par la recourante dans son opposition. Contrairement à ce que soutient celle-ci dans sa réplique, le SECO a exposé, dans sa réponse du 6 juillet 2011, les motifs pour lesquels les conditions mises à la restitution étaient réunies. Considérant que le caractère contrôlable de la perte de travail est une condition de fond du droit à l'indemnité RHT et que cette condition n'était en l'espèce pas réalisée, il a conclu, en se fondant sur la jurisprudence, que l'octroi des prestations par la caisse était erroné et justifiait la restitution.

Au regard de ce qui précède, il convient d'admettre que, en dépit du fait que la motivation de la décision attaquée apparaît en partie lacunaire, le vice a été guéri dans la réponse, contrairement à ce qu'argue la recourante dans sa réplique. En outre, il n'est guère contestable que, sur la base des motifs contenus dans la décision attaquée, la recourante a pu se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. Il n'y a dès lors pas lieu d'annuler la décision attaquée, au motif d'une violation du devoir de motivation.

5.

5.1 Sur le fond, la recourante soutient qu'il n'est pas établi que les conditions d'une restitution ou d'une révision soient, en l'espèce, réalisées, dans la mesure où l'on ne peut affirmer que la décision d'allouer des indemnités RHT à la recourante était manifestement erronée. La recourante allègue une violation de l'art. 31 al. 3 LACI, en relevant qu'elle n'était pas tenue de procéder à un contrôle du temps de travail par timbrage et que les rapports mensuels concernant les heures perdues pour des raisons d'ordre économique, contresignés par les travailleurs concernés et remis à la caisse, ainsi que les décomptes concernant la réduction de l'horaire de travail, également remis à la caisse, constituaient un mécanisme approprié et suffisant de contrôle du temps de travail. Elle fait valoir

à ce propos que le "rapport concernant les heures perdues pour des raisons économiques" permet d'établir la perte quotidienne de travail, de sorte qu'il n'existerait pas de différence fondamentale entre ce système et celui consistant dans l'établissement de rapports relatifs aux heures effectivement accomplies, puisque, en connaissant l'un des deux chiffres et le temps de travail normal par jour, on peut obtenir l'autre chiffre. Ajoutant que le dispositif est, au surplus, complété par le décompte concernant la réduction de l'horaire de travail - dont les rubriques prévoient, en sus des indications figurant dans les rapports concernant les heures perdues pour des raisons économiques, la mention de la durée des congés payés et non payés, de la durée du temps effectif, ainsi que des soldes d'heures plus des mois précédents - elle conclut que c'est à tort que l'autorité inférieure a retenu que le versement des indemnités RHT aurait dû être refusé en raison du caractère insuffisamment contrôlable de l'horaire de travail des travailleurs concernés.

5.2 Selon la jurisprudence, l'obligation de contrôle de la perte de travail par l'employeur résulte de la nature même de la prestation d'assurance, objet de la présente procédure. Du moment que le facteur déterminant est la réduction de l'horaire de travail et que celle-ci se mesure nécessairement en proportion des heures normalement effectuées par les travailleurs, l'entreprise doit être en mesure d'établir de manière précise et si possible indiscutable, à l'heure près, l'ampleur de la réduction donnant lieu à l'indemnisation pour chaque bénéficiaire de l'indemnité (cf. arrêts du TF C 86/01 du 12 juin 2001 consid. 1 et C 367/99 précité consid. 1b). Si les heures travaillées ne doivent pas impérativement être établies électroniquement ou mécaniquement (cf. art. 40 LACI; arrêt du TF C 269/03 du 25 mai 2004 consid. 3.1; arrêt du TAF B-7898/2007 précité consid. 3.1), la perte de travail n'est toutefois réputée suffisamment contrôlable que si les heures effectives de travail peuvent être contrôlées pour chaque jour, ceci étant la seule façon de garantir que les heures supplémentaires devant être compensées pendant la période de décompte soient prises en compte dans le calcul de la perte de travail mensuelle (cf. arrêt du TF C 86/01 précité consid. 1; BORIS RUBIN, Assurance-chômage, Droit fédéral, survol des mesures cantonales, procédure, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2006, p. 490).

Les décisions du Service de l'emploi précisent quant à elles expressément, sous la rubrique "Remarques importantes concernant l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail", que "l'entreprise doit effectuer des contrôles du temps de travail auprès des travailleurs qui sont touchés par une réduction de l'horaire de travail (par ex. cartes de timbrage, rap-

ports sur les heures), afin de pouvoir rendre compte quotidiennement des heures de travail fournies, y compris des éventuelles heures supplémentaires, de la perte de travail due à des facteurs d'ordre économique, ainsi que tout autre type d'absences telles que, par. ex., les vacances, les absences en cas de maladie, d'accident ou pour le service militaire".

5.3 En l'espèce, les "rapports concernant les heures perdues pour des raisons d'ordre économique" indiquent, d'une part, quelle est la durée du travail déterminante durant la période de décompte, soit en l'espèce 8 heures trente par jour, et, d'autre part, les jours pendant lesquels les employés concernés n'ont pas ou que partiellement travaillé, ainsi que les heures perdues ces jours-là par rapport à la durée du travail déterminante. Ces rapports permettent ainsi de déterminer le total des heures perdues par employé pendant la période de décompte concernée. Si, comme le soutient la recourante, ces rapports permettent, par déduction, de reconstituer les heures de travail fournies, ils ne renseignent par contre nullement sur les éventuelles heures supplémentaires ou les autres types d'absences telles que vacances, absences en cas de maladie, d'accident ou de service militaire. Il apparaît ainsi clairement que ces rapports ne satisfont pas aux exigences d'un contrôle suivi de l'horaire de travail par l'entreprise, au sens de l'art. 46b al. 1 OACI (cf. notamment arrêt du TF C 260/00 du 22 août 2001 consid. 2b ; arrêt du TAF B-3424/2010 du 6 avril 2011 consid. 5).

Le formulaire "décompte concernant la réduction de l'horaire de travail" sert à déterminer quel est le montant de la bonification revendiquée au titre de l'indemnité RHT, compte tenu des heures perdues à prendre en considération. Ce formulaire comprend des rubriques supplémentaires par rapport à celles figurant dans le "rapport concernant les heures perdues pour des raisons d'ordre économique" ; il s'agit notamment de la rubrique indiquant la durée hebdomadaire du travail selon contrat, de la rubrique indiquant le nombre d'heures à effectuer par période de décompte, y compris le rattrapage, de la rubrique "congés payés/non payés" - dans laquelle l'employeur doit, selon la directive RHT, indiquer tous les congés payés ou non payés exprimés en heures (vacances, jours fériés, maladie, accident, service militaire, etc.) - et de la rubrique "solde des heures en plus des mois précédents", dans laquelle l'employeur doit indiquer toutes les heures en plus effectuées pendant les six derniers mois précédant le début du délai-cadre de deux ans qui n'ont pas été compensées par du temps libre ainsi que, après le début du délai-cadre, les heures en plus effectuées pendant ce délai-cadre, mais au plus pendant les douze derniers mois, qui n'ont pas été compensées par du temps libre. Ce formulai-

re ne constitue cependant qu'une synthèse des données concernant la période de décompte et ne donne, en particulier, aucune indication sur le travail quotidien. Ainsi, pas plus que le rapport concernant les heures perdues pour des raisons d'ordre économique, ce formulaire ne satisfait aux exigences d'un contrôle suivi de l'horaire de travail par l'entreprise.

Les contrôles qu'opère le SECO s'inscrivent dans le dispositif des mesures visant à lutter contre les abus dans l'assurance-chômage. Or, pour qu'il puisse valablement vérifier que les informations données à la caisse correspondent à la réalité, le SECO doit pouvoir s'appuyer sur les contrôles journaliers réguliers que l'entreprise n'est pas dispensée de faire, quand bien même elle n'est pas tenue de procéder par le moyen du contrôle par timbrage. En l'espèce, il est établi - et, du reste, non contesté - que la recourante ne dispose, en dehors des documents qu'elle a adressés à la caisse, d'aucun enregistrement du temps de travail susceptible de fournir des renseignements sur les heures travaillées et propres à confirmer le bien-fondé des déclarations faites à la caisse.

A cela s'ajoute que, en se fondant sur divers documents récoltés lors de son contrôle, notamment des notes de frais (repas, déplacements, voyages, carte visa, etc.), le SECO a, dans sa décision sur révision du 12 janvier 2011, identifié de très nombreux exemples montrant que des employés étaient annoncés en RHT à 100% pendant certains jours du mois au moyen des formulaires mentionnés ci-dessus, alors même qu'ils avaient en réalité travaillé pendant ces mêmes jours pour l'entreprise. Ainsi, à titre d'exemples pour le seul mois de septembre 2009, il est établi que E._____ a été annoncé à 100% en RHT, les 15 et 16 septembre, alors qu'il suivait une formation sur un nouveau produit dans la perspective d'un futur mandat. Il est également établi que le même employé a perçu des frais liés à une activité professionnelle déployées les 4, 8 et 10 septembre, alors que l'indemnité RHT avait été demandée pour ces jours en question. De même, G._____ a perçu des frais liés à une activité professionnelle déployée les 2, 14, 23, 24, 29 et 30 septembre, alors que l'indemnité RHT avait aussi été demandée pour ces jours-là. Il est possible que ces erreurs soient imputables à des imprécisions administratives ou au fait que la recourante ait considéré à tort que les activités liées à la recherche de nouveaux mandats - et, par conséquent, non facturables - ne constituaient pas une activité professionnelle. Il n'en reste pas moins que les nombreux exemples mis en évidence par le SECO montrent que la recourante ne disposait pas d'un système adéquat et suffisant permettant de contrôler les heures effectives de travail pour chaque jour et qu'elle n'a pas été en mesure d'établir de manière précise et si possible indis-

cutable, à l'heure près, l'ampleur de la réduction donnant lieu à l'indemnisation pour chaque bénéficiaire de l'indemnité, ce que le SECO a constaté à juste titre.

6.

6.1 Il reste ainsi à examiner si, au vu de ce qui a été exposé précédemment, les conditions d'une restitution des indemnités sont justifiées au regard des conditions posées par l'art. 53 al. 2 LPGA, à savoir que la décision soit manifestement erronée et que sa rectification revête une importance notable. Pour rappel, le caractère contrôlable de la perte de travail est une condition de fond du droit à l'indemnité qui, soit est remplie, soit fait défaut. Or, selon la jurisprudence constante, lorsque la réduction n'est pas suffisamment contrôlable, l'octroi de prestations apparaît sans nul doute erroné et il est évident que la rectification de ces décisions revêt une importance notable (cf. ATF 8C_731/2011 consid. 4, arrêt du TF C 367/99 précité consid. 3 ; arrêt du TAF B-8093/2010 consid. 3 ; BORIS RUBIN, op. cit., p. 490 et réf. cit.). En l'occurrence, on doit donc retenir que les décisions par lesquelles les indemnités RHT ont été versées à la recourante étaient entachées d'inexactitude manifestes. Il est en outre évident que, sauf à vider de leur sens les effets des contrôles prévus par l'art. 83a al. 3 LACI, la rectification de ces décisions revêt une importance notable. Les conditions d'une reconsidération et, partant, d'une restitution, sont ainsi réalisées.

6.2 En conclusion, mal fondé, le recours doit être rejeté.

7.

Les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, sont mis à la charge de la partie qui succombe (cf. art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (cf. art. 2 al. 1 et art. 4 FITAF). En l'espèce, les frais de procédure, arrêtés à Fr. 5'000.-, doivent être mis à la charge de la recourante qui succombe. Dès l'entrée en force du présent arrêt, ce montant sera compensé par l'avance de frais de Fr. 6'000.- versée en date du 9 mai 2011 et le solde de Fr. 1'000.- restitué à la recourante.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :**1.**

Le recours est rejeté.

2.

Les frais de procédure, d'un montant de Fr. 5'000.-, sont mis à la charge de la recourante. Ce montant sera intégralement compensé par l'avance de frais de Fr. 6'000.- déjà versée et le solde de Fr. 1'000.- restitué à la recourante, dès l'entrée en force du présent arrêt.

3.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire ; annexe : formulaire "adresse de paiement") ;
- à l'autorité inférieure (n° de réf. [...] ; acte judiciaire) ;
- au Département fédéral de l'économie (acte judiciaire) ;
- à la Caisse cantonale (en extrait).

Le président du collège :

Le greffier :

Claude Morvant

Grégory Sauder

Indication des voies de droit :

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (cf. art. 82 ss, 90 ss et 100 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains du recourant (cf. art. 42 LTF).

Expédition : 5 juillet 2012